

HOOFDSTUK 10

Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

10.1 Samenvatting en conclusies

10.1.1 Doel en onderzoeksvragen

Het eerste doel van dit onderzoek is het in kaart brengen van de huidige stand van het recht betreffende de heffing van omzetbelasting bij ondernemingsfinanciering. Het tweede doel is te bezien in hoeverre het huidige recht aansluit bij de strekking van de omzetbelasting. De onderzoeksvragen en deelvragen die op basis van deze doelstellingen zijn geformuleerd, zijn de volgende:

1. Welke gevolgen hebben diverse wijzen van financiering voor de toepassing van de Wet OB 1968, zowel voor de verstrekker als voor de onderneming die de financiering ontvangt, en hoe luidt, in het bijzonder, het antwoord op de volgende deelvragen?:
 - a. In hoeverre is de toepassing van de Wet OB 1968 op de diverse financieringswijzen consistent?
 - b. Is de heffing van omzetbelasting op het onderzochte terrein duidelijk of, zo niet, op welke punten bestaat onzekerheid?
 - c. Bestaan op het onderzochte terrein inbreuken op het Unierecht en, zo ja, welke?
 - d. Wat is, kortom, de kwaliteit van het huidige recht op het onderzochte terrein op punten als rechtmatigheid, verwerkelijking van rechtsbeginselen (naast het rechtsgelijkheidsbeginsel vooral het rechtszekerheidsbeginsel), en eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid?
2. Hoe verhoudt het huidige recht, zoals in kaart gebracht bij de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag, zich tot de strekking van de omzetbelasting? Dit omvat de volgende deelvragen:
 - a. Wat is de strekking van de omzetbelasting (wie en wat zijn beoogd te worden belast)?
 - b. Zijn eventuele afwijkingen in het huidige recht te rechtvaardigen?

Voor de beantwoording van beide onderzoeksvragen is onderzoek gedaan naar de relevante wetgeving (met name de Wet OB 1968 en de Btw-richtlijn), de totstandkomingsgeschiedenis daarvan, de jurisprudentie en de literatuur. Vervolgens is voor het onderzoek in het kader van de eerste vraag onderscheid

gemaakt tussen vier wijzen van financiering. Het betreft (i) het verschaffen van eigen vermogen, (ii) het verschaffen van vreemd vermogen via obligaties en andere verhandelbare schuldinstrumenten, (iii) verlening van krediet en (iv) factoring en andere overnames van schuldvorderingen. Ten slotte is getracht enige oplossingen voor geconstateerde knelpunten te formuleren.

10.1.2 Eerste onderzoeksvraag

10.1.2.1 Algemene thema's

Ter beantwoording van de eerste onderzoeksvraag is allereerst ingegaan op drie algemene thema's: het begrip economische activiteit, het recht op aftrek van voorbelasting en het verlengstukcriterium. Daarbij is een model ontwikkeld om de samenhang tussen deze thema's te verduidelijken.

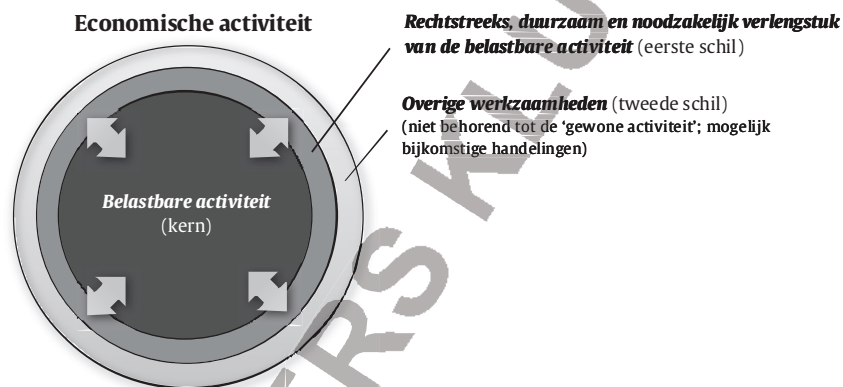
Een economische activiteit is het geheel van werkzaamheden dat een persoon of entiteit op grond van artikel 7 Wet OB 1968 (artikel 9 Btw-richtlijn) ondernemer (belastingplichtige) maakt. Het verwijst naar een bedrijfs- of beroepsuitoefening of een exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Kenmerkend voor een economische activiteit is een streven naar opbrengst uit belastbare prestaties (*opbrengstcriterium*). Dit streven is in beginsel niet incidenteel (*regelmaatcriterium*). Verder wordt een economische activiteit, onder meer, gekenmerkt door een zekere mate van professionaliteit (*professionaliteitscriterium*). Dit wordt in de jurisprudentie ook wel een bedrijfsmatig of commercieel oogmerk genoemd. Een kanttekening is dat uit recentere jurisprudentie lijkt te volgen dat een exploitatie al snel economisch is, mits er duurzame opbrengst is.

Een persoon of entiteit die ondernemer is, heeft op grond van artikel 15 Wet OB 1968 (artikel 168 Btw-richtlijn) recht op aftrek van voorbelasting voor zover hij ingekochte prestaties voor belaste handelingen gebruikt. Op basis van de jurisprudentie dient het vereiste van 'gebruik voor belaste handelingen' naar mijn mening ruim te worden uitgelegd. Aan dit vereiste wordt voldaan als een ondernemer kosten in het kader van zijn onderneming (economische activiteit) maakt, behalve voor zover hij de ingekochte goederen en diensten voor vrijgestelde prestaties gebruikt. Causaliteit, finaliteit en de objectieve inhoud van prestaties zijn hulpmiddelen bij het vaststellen van het gebruik van goederen en diensten. Volgens het Hof van Justitie dient in het bijzonder een rechtstreekse en onmiddellijke samenhang tussen inkopen en verkopen te bestaan, dan wel tussen inkopen en de economische activiteit als geheel. Wanneer een ondernemer kosten maakt voor 'onbelastbare handelingen', toetst de Hoge Raad of sprake is van onderlinge afhankelijkheid met prestaties onder bezwarende titel of anderszins van inbedding in een onderneming. Zo ja, dan zijn kosten in het kader van de onderneming gemaakt. In recentere arresten heeft de Hoge Raad aangegeven dat zijn beoordeling een nadere invulling is van de benadering van het Hof van Justitie.

Het verlengstukcriterium is ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en verwijst naar werkzaamheden die een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van een belastbare activiteit zijn. Bij een zodanig verlengstuk handelt de betrokken persoon of entiteit in de hoedanigheid van ondernemer. Handelingen (prestaties) die tot een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van een belastbare activiteit behoren, zijn bovendien niet bijkomstig in de zin van artikel 174, lid 2, Btw-richtlijn. Daarom is de opbrengst uit dergelijke handelingen een in aanmerking te nemen factor bij de bepaling van de evenredige aftrek van voorbelasting op algemene kosten (het 'pro rata'). De reikwijdte van het verlengstukcriterium is onzeker.

Mede om het verlengstukcriterium beter in een context te kunnen plaatsen, is het volgende model ontwikkeld:

Figuur 25 – Schillenmodel



Dit model beoogt een onderverdeling te tonen in de werkzaamheden waaruit een economische activiteit kan bestaan. De belastbare activiteit vormt de kern en bestaat uit werkzaamheden die kenmerkend zijn voor de betreffende economische activiteit ('core business'). Het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk van de belastbare activiteit bestaat uit werkzaamheden die niet kenmerkend zijn voor de economische activiteit, maar daaruit systematisch voortvloeien ('must haves'). Ten slotte zijn er overige werkzaamheden. Die behoren noch tot de belastbare activiteit noch tot het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk daarvan, maar houden er wel verband mee ('nice to haves'). Enkel overige werkzaamheden kunnen bijkomstig zijn in de zin van artikel 174, lid 2, Btw-richtlijn.

10.1.2.2 Behandeling van de diverse vormen van financiering

Het door een deelnemer verschaffen van eigen vermogen aan een onderneming behelst geen dienst onder bezwarende titel in de zin van artikel 4 Wet OB

1968 (artikel 24 Btw-richtlijn). Het Hof van Justitie heeft dit in zijn jurisprudentie gemotiveerd met het argument dat de opbrengsten van een kapitaalverschaffing, zoals dividend in het geval van aandelen, voortvloeien uit de 'loutere eigendom' van de aandelen. Onduidelijk is echter wat opbrengsten die voortvloeien uit eigendom kenmerkt en waarin zij zich precies onderscheiden van opbrengsten uit prestaties onder bezwarende titel. Naar mijn mening zou een adequatere motivering zijn geweest dat in de relatie tussen degene die eigen vermogen verschaft (oftewel een deelnemer) en degene in wie deelgenomen wordt, onvoldoende wederkerigheid bestaat voor het aannemen van dienstverlening onder bezwarende titel. Hierin ligt besloten dat bij handelen binnen een kapitaalsrelatie in het algemeen geen sprake kan zijn van belastbare feiten. Dat lijkt consistent met de benadering van het Hof van Justitie. Een uitzondering op de regel dat opbrengsten uit een deelneming niet de vergoeding voor een prestatie vormen, volgt uit jurisprudentie van de Hoge Raad over winstuitkeringen van coöperaties aan hun leden. Deze winstuitkeringen kunnen in specifieke omstandigheden toch een vergoeding voor prestaties zijn. De betreffende jurisprudentie van de Hoge Raad is naar mijn mening echter in strijd met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Er is sprake van een inbreuk op het Unierecht.

Kenmerkend voor het verschaffen van eigen vermogen is dat het geen schuld doet ontstaan bij de ontvanger. Daarin is het verschil met een lening gelegen. Het is bovendien vooral een juridisch verschil. Economisch valt niet scherp een grens te trekken tussen kapitaal en een lening. Daarom acht ik het vrijwel uitgesloten dat geldverstrekkingen die privaatrechtelijk kapitaal vormen, voor de Wet OB 1968 een lening zijn. Vanwege het criterium van de economische en commerciële realiteit is het wel voorstelbaar dat een privaatrechtelijke lening tussen verbonden partijen voor de Wet OB 1968 een kapitaalverstrekking vormt. Aan de directe belastingen ontleende voorbeelden van leningen die voor de Wet OB 1968 een kapitaalverschaffing kunnen zijn, zijn de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Verschaffing van eigen vermogen kan voor de heffing van omzetbelasting ook worden aangenomen in relatie tot entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid die 'eenieder' zijn in de zin van artikel 7, lid 1, Wet OB 1968 (artikel 9, lid 1, Btw-richtlijn).

Een activiteit waarbij enkel wordt gestreefd naar het verkrijgen van dividend en vermogenswinsten door het verschaffen van eigen vermogen (kapitaal) is geen economische activiteit. Meer bepaald is het geen exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat dienstverlening onder bezwarende titel ontbreekt. Als gevolg daarvan wordt het opbrengstcriterium niet vervuld. De persoon of entiteit die enkel deelnemingen verkrijgt en houdt, is daarom geen ondernemer in de zin van artikel 7 Wet OB 1968 (artikel 9 Btw-richtlijn) en heeft als zodanig geen recht op aftrek van voorbelasting. Het maakt geen verschil of degene die deelneemt en degene in wie wordt deelgenomen tot hetzelfde concern behoren.

Wel kan een deelneming in bepaalde gevallen behoren tot een meeromvattend geheel van werkzaamheden dat in totaliteit een economische activiteit is. In die situatie is ook het verkrijgen en houden van de deelneming economisch van karakter. Dit is blijkens de jurisprudentie in elk geval aan de orde bij (i) effectenhandelaren, (ii) deelnemers die zich mengen in het beheer van de entiteit waarin zij deelnemen en gepaard daarmee prestaties onder bezwarende titel verrichten (inmengdeelnemers) en (iii) deelnemers voor wie het deelnemen een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk is van een belastbare activiteit (verlengstukdeelnemers). Naar mijn mening betreft dit geen limitatieve opsomming en kan het verkrijgen en houden van deelnemingen ook in enige andere gevallen economisch van karakter zijn, in het bijzonder als overige werkzaamheid van een ondernemer. Te denken valt aan beleggingen van tijdelijk overtoollige kasmiddelen. Op dit punt bestaat wel enige rechtsonzekerheid. In het algemeen is de afbakening van deelnemingen die economisch van karakter zijn tot deelnemingen die dat niet zijn, niet scherp aan te geven. Die afbakening is nauw verweven met waarderingen van feiten. Als een deelneming tot een economische activiteit behoort, en dus economisch van karakter is, behoren de kosten die de deelnemer maakt voor het verkrijgen en houden tot diens algemene kosten. Dit betekent dat hij recht op aftrek van voorbelasting heeft, behalve voor zover zijn eventuele vrijgestelde prestaties tot een beperking van dat recht leiden. Opbrengsten uit deelnemingen beïnvloeden het pro rata niet.

De overdracht van een deelneming aan een opvolgende deelnemer is in beginsel wel een dienst onder bezwarende titel. Als de overdrager ondernemer is, is deze dienst echter vrijgesteld. Behalve indien de afnemer van die dienst buiten de Unie is gevestigd en de overdrager ondernemer is, bestaat voor directe kosten voor de overdracht geen recht op aftrek van voorbelasting. Ook beïnvloedt de overdracht het pro rata van de overdrager die als ondernemer handelt, tenzij de aandelenoverdracht een bijkomstige financiële handeling is. Daardoor kan de overdracht van een deelneming ook consequenties hebben voor de mate waarin recht op aftrek van voorbelasting bestaat voor algemene kosten die losstaan van het deelnemerschap of daarmee weinig verband houden. Het arrest in de zaak *AB SKF* heeft voor overdrachten van deelnemingen op een aantal punten rechtsonzekerheid teweeggebracht. Zo suggereert het Hof van Justitie in dit arrest dat ook de overdracht van een niet als ondernemer gehouden deelneming economisch van karakter kan zijn. Naar mijn mening is dat onlogisch. Verder kan het arrest zo worden opgevat, dat een overdracht van een deelneming als ondernemer steeds moet behoren tot de belastbare activiteit of het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk daarvan. Als dat zo zou zijn, is een overdracht van een deelneming als ondernemer nooit een bijkomstige financiële handeling en altijd van invloed op het pro rata. Naar mijn mening moet een overdracht van een deelneming echter ook tot de overige werkzaamheden van de economische activiteit van de overdrager kunnen behoren en bijkomstig kunnen zijn. Ten slotte lijkt de

teneur in het arrest in de zaak *AB SKF* dat kosten voor de overdracht voor een deelneming, hoewel ogenschijnlijk directe kosten, toch zo veel als mogelijk als algemene kosten moeten worden gezien. Dit zou betekenen dat bij overdrachten van deelnemingen eerder dan in andere context sprake is van algemene kosten, hetgeen niet erg consistent is.

In de jurisprudentie over aandelen, welke naar mijn mening in beginsel ook voor andere typen deelnemingen geldt, lijkt in algemene zin sprake van een spanning tussen systematische zuiverheid en de wens om waar mogelijk toch aftrek van voorbelasting toe te staan. Het is immers vaak wel duidelijk dat geen sprake is van verbruik bij – vooral – houdstervennootschappen. Het beeld dat uit de jurisprudentie ontstaat, is dat subtiële en soms tamelijk willekeurige onderscheiden tussen deelnemers tot een zeer verschillende heffing van omzetbelasting kunnen leiden. Daarnaast kunnen bij overdrachten vanuit een fiscale eenheid (artikel 7, lid 4, Wet OB 1968) en bij overdrachten die (onderdeel van) een algemeenheid van goederen zijn (artikel 37d Wet OB 1968) nog weer afwijkende uitkomsten optreden. Het valt te betwijfelen of het huidige recht in zoverre in voldoende mate recht doet aan de beginselen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.

De positie van degene in wie wordt deelgenomen, en dus eigen vermogen ontvangt, is overzichtelijker. Het Hof van Justitie heeft beslist dat de uitgifte van aandelen geen dienst onder bezwarende titel is. Hetzelfde is geoordeeld voor de opname van een persoon in een personenvennootschap. Op basis daarvan kan worden geconcludeerd dat de uitgifte of creatie van deelnemingen in het algemeen geen dienst onder bezwarende titel is. Wat betreft het economische karakter en het recht op aftrek van voorbelasting geldt in beginsel het principe ‘follow-the-money’: voorbelasting op kosten voor het aantrekken van eigen vermogen komt voor aftrek in aanmerking voor zover de opgehaalde middelen aan een economische activiteit ten goede komen.

De tweede onderzochte financieringswijze betreft het lenen van geld middels obligaties en andere verhandelbare schuldinstrumenten. In elk geval obligaties worden voor de Wet OB 1968 op dezelfde wijze behandeld als deelnemingen, in het bijzonder aandelen. Kortheidshalve wordt daarom naar het voorgaande verwezen. Een obligatie is voor de Wet OB 1968 een (verhandelbaar) waardepapier dat een schuldvordering uit een in gelijke delen opgedeelde geldlening vertegenwoordigt. De gelijkschakeling van obligaties met aandelen is opvallend, omdat bij het verstrekken van financiering als obligatiehouder wel degelijk sprake is van een duidelijk *quid pro quo*. Een obligatiehouder verstrekt immers een lening en heeft in ruil daarvoor recht op de overeengekomen rente. Dat is duidelijk een contractuele relatie waarbinnen in andere omstandigheden sprake zou zijn van presteren onder bezwarende titel. Zo niet bij het verstrekken van een lening als obligatiehouder. In de zaak *Harnas & Helm* stelt het Hof van Justitie dat geen reden bestaat obligaties anders dan aandelen te behandelen, omdat handelingen inzake die instrumenten in de

Btw-richtlijn in dezelfde bepaling worden vrijgesteld (artikel 135, lid 1, onderdeel f, Btw-richtlijn).

Nog opvallender is dat het Hof van Justitie in het arrest in de zaak *EDM* over depositocertificaten en schatkistpapier overweegt dat wél sprake is van dienstverlening onder bezwarende titel, meer bepaald verlening van krediet. Deze instrumenten vertonen overeenkomsten met commercial paper (dat ondernemingen uitgeven) en zijn net als obligaties verhandelbare schuldinstrumenten. Een van obligaties afwijkende behandeling van deze instrumenten voor de Wet OB 1968 ligt daarom niet bepaald voor de hand. Omdat een motivering van de afwijkende behandeling ontbreekt, en omdat de depositocertificaten en het schatkistpapier in het geheel van het arrest in de zaak *EDM* een ondergeschikt punt vormen, acht ik het niet uitgesloten dat in zoverre geen sprake is geweest van een principiële beslissing. Onwaarschijnlijk is naar mijn mening in elk geval dat het Hof van Justitie is teruggekomen op zijn eerdere arrest over obligaties, zoals in de literatuur wel is geopperd. Waarschijnlijker is dan nog dat een afwijkende behandeling van commercial paper, depositocertificaten en schatkistpapier geboden is, omdat deze instrumenten zich in het algemeen niet lenen voor een particuliere belegging.

In andere gevallen wordt het verlenen van krediet in de jurisprudentie als vrijgestelde dienst onder bezwarende titel beoordeeld, mits een tegenprestatie wordt bedongen. Rente is de gebruikelijke tegenprestatie voor krediet, maar ook andere in het kader van een kredietovereenkomst verschuldigde bedragen kunnen hiertoe behoren. Van belang is dat verlening van krediet niet enkel onderhandse geldleningen betreft, maar ook aan de orde kan zijn bij uitstel van betaling, koop op afbetaling, huurkoop, financiële lease en bepaalde derivaten en commodity trades. In elk geval in de eerste drie genoemde situaties is voor het onderkennen van verlening van krediet vereist dat daarvoor een afzonderlijke vergoeding wordt overeengekomen. Anders dan de staatssecretaris van Financiën lijkt te stellen, is op basis van de jurisprudentie mijns inziens niet vereist dat die vergoeding de vorm van een overeengekomen rentepercentage heeft. Uit de opzet van de Wet OB 1968 (en de Btw-richtlijn) volgt dat bij vooruitbetalingen en de vestiging van beperkte rechten die op grond van artikel 3, lid 2, Wet OB 1968 een levering vormen, in beginsel geen sprake is van verlening van krediet.

Mede omdat verlening van krediet in beginsel een dienst onder bezwarende titel is, kan het op zichzelf staand een economische activiteit zijn. Het is dan een exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Het daarvoor vereiste bedrijfsmatige of commerciële oogmerk lijkt op basis van de jurisprudentie al snel aanwezig. Bij rechtspersonen kan het verstrekken van een enkele rentedragende lening gedurende enige jaren volstaan. In gevallen waarin kredietverlening onderdeel is van een meeromvattende economische activiteit van overwegend andere aard, dient te worden bepaald of het een rechtstreeks, duurzaam en noodzakelijk verlengstuk van de

belastbare activiteit is of een overige werkzaamheid. In het laatste geval kan het verlenen van krediet een bijkomstige financiële handeling in de zin van artikel 174, lid 2, onderdeel b of c, Btw-richtlijn zijn, waarvan de opbrengst buiten de berekening van het pro rata blijft. De afbakening van verlengstukwerkzaamheden tot overige werkzaamheden is, zoals eerder vermeld, echter vaag.

Wat betreft het recht op aftrek van voorbelasting is het uitgangspunt dat voorbelasting op kosten voor de verlening van krediet niet aftrekbaar is. Vanwege de vrijstelling is geen sprake van gebruik voor belaste handelingen. Een uitzondering geldt als de afnemer buiten de Unie is gevestigd of als sprake is van rechtstreekse samenhang met goederen die zijn bestemd om te worden uitgevoerd. De reikwijdte van beide uitzonderingssituaties is voor diverse interpretaties vatbaar en daarmee onzeker. Naar mijn mening verdient wat betreft de eerste uitzonderingssituatie, welke in de praktijk het belangrijkste lijkt, een grammaticale uitleg van de Wet OB 1968 (en de Btw-richtlijn) de voorkeur. Dit betekent dat alleen de vestigingsplaats van de zetel van de afnemer van belang is en niet eventuele vaste inrichtingen waarvoor het krediet (uiteindelijk) bestemd kan zijn. Artikel 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 kan tot uitkomsten leiden die op gespannen voet staan met het beginsel van rechtsgelijkheid. Bijvoorbeeld, een Nederlandse bank zal onder gunstiger voorwaarden een lening kunnen verstrekken voor een investering in Nederlands vastgoed aan een niet in de Unie gevestigde ondernemer dan aan een wel in de Unie gevestigde ondernemer.

Ontvangen vergoedingen voor kredietverlening behoren in beginsel te worden meegenomen in de berekening van het pro rata. In situaties waarin hierdoor een vertekening van het pro rata ontstaat, zijn twee remedies denkbaar. De eerste remedie is het op basis van rechtstreekse werking van artikel 174, lid 2, onderdeel b of c, Btw-richtlijn buiten beschouwing laten van de rente, omdat de verlening van krediet een bijkomstige financiële handeling zou zijn. Behalve dat daarvoor een overige werkzaamheid is vereist, mag de verlening van krediet ook hooguit een zeer beperkt gebruik van ingekochte prestaties impliceren die worden vertegenwoordigd door de algemene kosten. De tweede remedie is het bepalen van een verdeelsleutel voor het recht op aftrek van voorbelasting op basis van werkelijk gebruik. Een mogelijke lezing van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is dat een verdeelsleutel op basis van werkelijk gebruik ook een gecorrigeerde omzetsleutel mag zijn, waarin enkel de netto ontvangen interest (ontvangen minus betaalde rente) in aanmerking wordt genomen. Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad over de werkelijkgebruiksmethode lijkt een gecorrigeerde omzetsleutel vooralsnog echter niet toegestaan in Nederland.

Voor de kredietnemer heeft het aantrekken van krediet verder geen gevolgen in de sfeer van de omzetbelasting. Wel is het zo dat als hij voor het aantrekken van krediet prestaties inkoopt die niet zijn vrijgesteld en hij wendt het geleende geld niet uitsluitend voor belaste prestaties aan, dat dan de voorbelasting in beginsel niet of niet geheel aftrekbaar is. Dat is niet zozeer een gevolg van het

aantrekken van het krediet, als wel van de aard van de prestaties die de kredietnemer in het kader van zijn economische activiteit verricht.

Een bijzondere eend in de bijt is, ten slotte, financiering door factoring en andere overnames van schuldvorderingen. Dat kan voor de Wet OB 1968 op verschillende manieren uitwerken. Aan het ene einde van het spectrum staat een incidentele overname van niet-rentedragende schuldvorderingen tegen de economische waarde. In die situatie leidt de overname niet tot het onderkennen van een belastbaar feit aan de zijde van de overnemer. Evenmin is bij de overnemer sprake van een economische activiteit of recht op aftrek van voorbelasting. Aan het andere einde van het spectrum staat het doorlopend en tegen vergoeding overnemen van rentedragende schuldvorderingen. De activiteit van de overnemer zal in dit geval een economische activiteit zijn, waarbinnen hij zowel belast als vrijgesteld presteert. De belaste dienstverlening betreft factoring, althans het innen van schuldvorderingen voor de overdrager. Vrijgestelde dienstverlening doet zich voor in de vorm van verlening van krediet aan de debiteuren en mogelijk ook aan de overdrager. De mate waarin recht op aftrek van voorbelasting bestaat, hangt in beginsel af van hoe de ontvangen vergoedingen voor de verschillende diensten zich tot elkaar verhouden en of de verleningen van krediet binnen de reikwijdte van artikel 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 vallen. Daarnaast kan in uitzonderingsgevallen wellicht sprake zijn van bijkomstige financiële handelingen in de zin van artikel 174, lid 2, onderdeel b of c, Btw-richtlijn. Daarvoor ontvangen vergoedingen mogen buiten de berekening van het pro rata blijven.

Uit de jurisprudentie volgt mijns inziens dat voor het kunnen aannemen van belaste dienstverlening bepalend is of partijen al dan niet een vergoeding voor werkzaamheden van de overnemer zijn overeengekomen. Hoewel het overeenkomen van een vergoeding een aanwijzing kan zijn dat de overnemer in de economische en commerciële realiteit presteert door de schuldvorderingen over te nemen, creëert het ook mogelijkheden voor belastingplanning. Immers, door vergoedingen in rekening te brengen, kan een overnemer onder omstandigheden ondernemer worden en aanspraak maken op recht op aftrek van voorbelasting. Door tegelijkertijd de koopprijs te verhogen, kunnen partijen op hetzelfde financiële eindresultaat uitkomen als wanneer geen vergoedingen voor dienstverlening van de overnemer waren afgesproken. Het subjectieve vergoedingsbegrip biedt partijen daarbij de nodige vrijheid naar eigen goeddunken vergoedingen vast te stellen.

De aftrek van voorbelasting bij economisch handelende kopers van schuldvorderingen blijkt in de jurisprudentie allerm minst uitgekristalliseerd. Het gaat daarbij vooral om de invloed van een eventuele vrijgestelde verlening van krediet aan de overdrager na de overname van de schuldvorderingen. In zoverre is sprake van rechtsonzekerheid. Rechtsonzekerheid bestaat ook in relatie tot het overnemen van non-performing rentedragende kredieten. Hoewel onder omstandigheden argumenten bestaan voor het aannemen van

dienstverlening onder bezwarende titel (verlening van krediet aan de debiteuren) en een economisch karakter van de activiteit, blijft het een grijs gebied.

Voor de ontvanger van financiering, tevens overdrager van de schuldvoorwaarden, speelt de vraag of de overdracht een dienst onder bezwarende titel is. Naar mijn mening zou zij dat niet moeten zijn, omdat anders irrationele dubbeltellingen van omzet ontstaan. Bovendien zou de dienst zijn vrijgesteld, waardoor substantiële beperkingen in het recht op aftrek van voorbelasting van de overdrager kunnen optreden. Mijn inschatting is echter dat het Hof van Justitie de overdracht van schuldvoorwaarden in beginsel wel als vrijgestelde dienst zal beoordelen. Een andere uitleg verhoudt zich namelijk niet soepel tot de benadering die het Hof bij overdrachten van aandelen en obligaties heeft gekozen. Een behandeling van de overdracht als vrijgestelde dienst betekent dat voor de gemaakte directe kosten geen recht op aftrek van voorbelasting bestaat. Naar mijn mening beïnvloedt een overdracht van schuldvoorwaarden in beginsel echter nog steeds niet het *pro rata*. Ik zou dergelijke overdrachten namelijk in beginsel als een overige werkzaamheid van een onderneming zien die niet of nauwelijks beslag legt op ingekochte prestaties die worden vertegenwoordigd door de algemene kosten. Dit betekent dat de overdracht een bijkomstige financiële handeling in de zin van artikel 174, lid 2, onderdeel b of c, Btw-richtlijn is. Boven elke twijfel verheven is dit echter niet. Als in het arrest in de zaak *AB SKF* een bijzonder ruim toepassingsbereik van het verlengstukcriterium moet worden gelezen, kan dat eenvoudig doorwerken naar overdrachten van schuldvoorwaarden.

Het kan al met al worden vastgesteld dat de wijze van financieren van een onderneming voor de heffing van omzetbelasting verschil maakt. Verschillen doen zich voor op het niveau van het ondernemerschap, de (niet-)heffing over de verstrekking van financiering en het recht op aftrek van voorbelasting. Niet alleen loopt de beoordeling van de diverse wijzen van financiering op deze onderdelen uit de Wet OB 1968 (en de Btw-richtlijn) uiteen, ook het eindresultaat qua verschuldigde belasting hoeft niet gelijk te zijn.

10.1.2.3 *Inbreuken op het Unierecht*

Samengevat heb ik de volgende inbreuken van het Nederlandse nationale recht op het Unierecht geconstateerd:

1. op basis van het beleid van de staatssecretaris van Financiën over het houden en overdragen van aandelen bestaat soms meer recht op aftrek van voorbelasting dan geboden is conform de uitleg die het Hof van Justitie aan bepalingen van de Btw-richtlijn heeft gegeven;
2. het lijkt ongerechtvaardigd dat alleen zuivere houdervenootschappen met een sturende en beleidsbepalende functie in een concern als niet-ondernemer tot een fiscale eenheid kunnen behoren en andere niet-ondernemers niet;

3. de territoriale beperking in de fiscale eenheid in artikel 7, lid 4, Wet OB 1968 is beweerdelijk in strijd met het primaire Unierecht, ofschoon zij in overeenstemming is met de Btw-richtlijn;
4. de jurisprudentie van de Hoge Raad dat bepaalde winstuitkeringen door coöperaties de vergoeding voor een prestatie zijn, is niet in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof van Justitie;
5. artikel 174, lid 2, onderdelen b en c, Btw-richtlijn is ten onrechte niet geïmplementeerd in het nationale recht, en
6. bij teruggaaf van in Nederland betaalde omzetbelasting aan buiten de Unie woonachtige of gevestigde ondernemers zonder vaste inrichting in de Unie, wordt de werking van artikel 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 ten onrechte niet uitgezonderd in artikel 31, lid 4, Wet OB 1968.

10.1.2.4 Kwaliteit van het recht op het onderzochte terrein

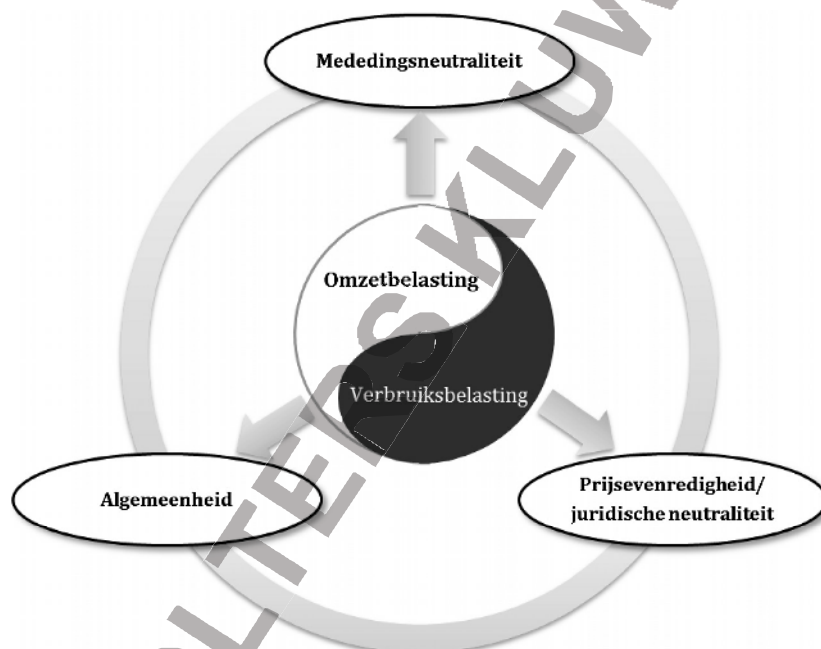
Hoe is het al met al gesteld met de kwaliteit van het recht op het onderzochte deelterrein? Hiervoor is geconcludeerd dat het nationale recht betreffende de omzetbelasting op een aantal punten niet in overeenstemming is met het Unierecht en daarom niet rechtmatig is. Dit betreft naar mijn mening echter niet de meest wezenlijke punten. Wel zijn deze punten al langer bekend en rijst de vraag waarom, bijvoorbeeld, artikel 174, lid 2, onderdelen b en c, Btw-richtlijn niet allang in nationaal recht is omgezet. Ook bij de verwerking van het beginsel van rechtsgelijkheid valt op een aantal onderdelen een kanttekening te maken, maar dat is niet beperkt tot het nationale recht. Zo kan een groot verschil in belastingheffing bestaan tussen een actief inmen-gende aandeelhouder die in enige mate vergoedingen bedingt en eenzelfde aandeelhouder die geen vergoedingen in rekening brengt. Deze ongelijke behandeling is naar mijn mening niet evenredig aan de ongelijkheid van de situaties. Een ander voorbeeld betreft de opvallend ongelijke behandeling van obligaties enerzijds en andere verhandelbare schuldinstrumenten, zoals commercial paper anderzijds. Een belangrijker punt betreffende de kwaliteit van het huidige recht is mijns inziens nog de rechtszekerheid. De wetgeving kent diverse vage normen, zoals economische activiteit, dienst, gebruik voor belaste handelingen en toekomstige financiële handeling. Tot op zekere hoogte zijn deze vage normen onvermijdbaar. Nadere invulling kan dan plaatsvinden in de jurisprudentie. Problematisch is als in de jurisprudentie vervolgens niet of moeilijk een lijn valt te ontdekken of valt te doorgronden welke omstandigheden de doorslag geven voor een bepaalde beslissing. Dit speelt naar mijn mening vooral bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie een rol en in het bijzonder die over aandeelhouderschap. Een gevolg is dat ook de duidelijkheid en toegankelijkheid van het recht niet optimaal is.

10.1.3 Tweede onderzoeksvraag

10.1.3.1 Strekking van de omzetbelasting

De strekking van de belasting (ook wel het rechtskarakter genoemd) die is uitgewerkt in de Btw-richtlijn en de Wet OB 1968, is die van een omzetbelasting en tevens een verbruiksbelasting. Daaruit vloeien de algemeenheid van de belasting, de evenredigheid van de belasting aan de prijs van goederen en diensten en het voorkomen van verstoringen van de mededinging voort. Dit kan als volgt worden weergegeven:

Figuur 26 – Strekking van de omzetbelasting



Belangrijk is dat verbruik in de zin van de omzetbelasting in mijn visie veronderstelt dat een goed of een dienst is ontstaan door toevoegingen van waarde althans productie in bedrijfshuishoudingen (ondernemingen). Het vereiste, dat verbruik het resultaat is van productie in bedrijfshuishoudingen, brengt met zich dat van verbruik geen sprake kan zijn in relatie tot (fiduciair) geld, aandelen en vergelijkbare abstracties. Overdrachten van aandelen en geld, alsmede verlening van krediet, leiden daarom als zodanig niet tot verbruik in de zin van de omzetbelasting en vertegenwoordigen ook geen voortbrenging of voortstuwing van goederen of diensten in een productie- en distributieketen.

10.1.3.2 Beoordeling van het huidige recht op het onderzochte terrein

Binnen het onderzoeksgebied – de financiering van ondernemingen – liggen de voornaamste knelpunten tussen de strekking en de concrete uitwerking van de omzetbelasting bij het ondernemerschap en het recht op aftrek van voorbelasting. Zij gaan vooral financiers aan, maar raken in voorkomende gevallen ook ontvangers van financiering. In het bijzonder als omzetbelasting is verschuldigd voor non-verbruik bij financiers, treft dat in de regel ook de gefinancierde. De financier zal immers trachten de belasting die hij betaalt af te wentelen op degene die de financiering wil ontvangen.

Wat betreft het ondernemerschap kan het een knelpunt worden genoemd dat de economische activiteit 'exploitatie van een vermogensbestanddeel om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen' op basis van de jurisprudentie met enige goede wil zo ruim kan worden uitgelegd, dat zelfs particulieren met een spaarrekening ondernemer zijn. Naar mijn mening gaat dit te ver, maar hoe dan ook kan worden gesteld dat het voor de omzetbelasting wezenlijke onderscheid tussen bedrijfshuishoudingen en consumptiehuishoudingen is vervaagd. Verder leidt het voor een economische activiteit vereiste streven naar opbrengst uit prestaties onder bezwarende titel (opbrengstcriterium) ertoe dat, bijvoorbeeld, houdstermaatschappijen in concerns en bepaalde bedrijfsmatige overnemers van schuldvorderingen geen ondernemer zijn. Bij dergelijke partijen is van consumptie echter geen sprake. Conform de strekking van de belasting zouden zij daarom wel ondernemer moeten zijn. Ten slotte is er het regelmaatscriterium dat incidentele economische activiteiten soms buiten de belastingplicht houdt. Van deze knelpunten zijn vooral voor het opbrengstcriterium rechtvaardigingen aan te voeren.

Dat het verschaffen van financiering veelal geen belaste prestatie is, is in grote lijnen te verenigen met de strekking van de belasting. Het leidt als zodanig namelijk niet tot verbruik, zeker niet als ondernemingen het ontvangen. Om dezelfde reden is de niet-heffing van omzetbelasting bij de overdracht van aandelen en obligaties in overeenstemming met de strekking van de belasting. Het onbelast blijven van de toegevoegde waarde van, bijvoorbeeld, banken en effectenhandelaren is wel een knelpunt, echter alleen voor zover die direct ten goede komt aan eindverbruikers (of ondernemers zonder volledig recht op aftrek van voorbelasting). Dit is te rechtvaardigen door de technische moeilijkheid van het belasten van die toegevoegde waarde.

Wat betreft het recht op aftrek van voorbelasting doen zich diverse knelpunten voor. Conform de strekking van de belasting zou namelijk worden verwacht dat degene die als ondernemer financiering verstrekt aan een onderneming, volledig recht op aftrek van voorbelasting heeft voor de daarmee gemoeide kosten. Er treedt bij degene die de financiering verstrekt immers geen verbruik op. Hetzelfde geldt bij het overdragen van deelnemingen of verhandelbare schuldinstrumenten. Naar het huidige recht blijkt echter niet steeds volledig recht op aftrek van voorbelasting te bestaan. Dit geldt in het bijzonder als sprake is van vrijgestelde dienstverlening, zoals bij de verlening

van krediet en de overdracht van effecten. De facto wordt hierdoor non-verbruik belast. Hiervoor is een aantal rechtvaardigingen aan te voeren, maar geen enkele overtuigt echt.

Bij ontvangers van financiering is enkel een knelpunt dat overdrachten van schuldvorderingen mogelijk leiden tot een beperking van het recht op aftrek van voorbelasting. Daarvoor bestaat naar mijn mening geen sterke rechtvaardiging.

Ten slotte bestaan mogelijkheden tot belastingplanning via de kapitaalsfeer. Deze zijn mede het gevolg van de omstandigheid dat voor de omzetbelasting geen verplichting bestaat in gelieerde verhoudingen zakelijke prijzen te hanteren. In bepaalde gevallen bestaat een prikkel een lagere (of hogere) vergoeding voor goederenleveringen of diensten overeen te komen. Het verlies (of de overwinst) wordt daarna via de kapitaalrelatie weer recht getrokken, met dien verstande dat een besparing in de verschuldigde omzetbelasting kan worden gerealiseerd. Een rechtvaardiging voor het laten bestaan van deze planningsmogelijkheden is dat het bestrijden ervan, door het invoeren van een normale waarde, aanmerkelijke nadelen op het gebied van rechtszekerheid, eenvoud en uitvoerbaarheid meebrengt. Daarbij is onduidelijk hoe vaak bedoelde planning voorkomt. Mogelijk is het probleem beperkt.

10.2 Aanbevelingen

10.2.1 *Wegnemen van inbreuken op het Unierecht*

Op basis van de bevindingen van dit onderzoek is een aantal aanpassingen in de Nederlandse wet- en regelgeving geboden, omdat inbreuk wordt gemaakt op het Unierecht:

1. Implementatie van artikel 174, lid 2, onderdelen b en c, Btw-richtlijn in het nationale recht. Dit is geen facultatieve bepaling in de Btw-richtlijn.
2. Opheffen van de beperking van de toegang tot de fiscale eenheid tot ondernemers in artikel 7, lid 4, Wet OB 1968. Die aanpassing leidt er bovendien toe dat de uitwerking van de omzetbelasting beter in overeenstemming komt met haar strekking.
3. Aanpassing van artikel 31, lid 4, Wet OB 1968, zodat bij verzoeken om teruggaaf door van buiten de Unie afkomstige ondernemers het bepaalde in artikel 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 achterwege blijft, zoals artikel 2, lid 1, Dertiende Richtlijn voorschrijft.
4. Aanpassing of intrekking van diverse beleidsbesluiten voor zover de belastingheffing (of het ontbreken daarvan) die daarin wordt voorgestaan in strijd met het Unierecht is.

10.2.2 *Mogelijke oplossingen voor geconstateerde knelpunten*

Voor de in het kader van de tweede onderzoeksvraag geconstateerde knelpunten, is een aantal oplossingen onderzocht. Onderscheid is gemaakt tussen

zaken die Nederland unilateraal kan regelen en zaken waarvoor wijziging van de Btw-richtlijn is vereist.

Unilaterale oplossingen die naar mijn mening aanbeveling verdienen, zijn de volgende.

1. Het invoeren van een optie voor belastingheffing van financiële diensten tussen onderdelen van hetzelfde concern. Een dergelijke optiemogelijkheid kan niet-afrekbare omzetbelasting wegnemen binnen concerns die aan derden (nagenoeg) uitsluitend belast presteren. Die niet-afrekbare omzetbelasting kan thans, bijvoorbeeld, ontstaan bij houdster- en groepsfinancieringsvennootschappen die enkel aan andere concernonderdelen vrijgesteld presteren.
2. Het invoeren van een verleggingsregeling bij uitoefening van de onder 1. bedoelde optie, zodat effectief geen omzetbelasting in rekening hoeft te worden gebracht over, bijvoorbeeld, verschuldigde interest. Daarvoor is op grond van artikel 395 Btw-richtlijn een machtiging van de Raad vereist.

Een algemene optie voor belastingheffing is nader onderzoek waard, maar is als aanbeveling op basis van dit onderzoek, dat zich op een beperkt terrein richt, te verstrekkend geacht. Verder kan een bredere toepassing van de normale waarde als maatstaf van heffing een instrument zijn om planning via de kapitaalsfeer tegen te gaan. De normale waarde als maatstaf van heffing vormt echter een aantasting van de rechtszekerheid. Dit valt mijns inziens enkel te rechtvaardigen indien uit nader onderzoek blijkt dat op grote schaal via de kapitaalsfeer aan belastingplanning wordt gedaan.

Aanbevelenswaardige oplossingen die een aanpassing van de Btw-richtlijn vereisen, zijn naar mijn mening verder de volgende.

1. Nauwkeuriger omschrijven van exploitaties van vermogensbestanddelen die als een economische activiteit moeten worden beschouwd. Werkelijk economische exploitaties overlappen naar mijn mening met de activiteit van een dienstverrichter. Alleen voor enkele specifieke exploitaties is een uitbreiding van het ondernemerschap wenselijk te noemen.
2. Degenen die, bijvoorbeeld als aandeelhouder, actief deelnemen aan de onderneming van een entiteit waarvan zij deels of geheel 'eigenaar' zijn, als ondernemer aanmerken. Hierdoor vervalt de opmerkelijke situatie dat, bijvoorbeeld, (tussen)houdstervenootschappen binnen concerns geen ondernemer zijn, terwijl zij allerm minst eindverbruiker zijn.
3. Het recht op aftrek van voorbelasting van inkomende deelnemers in het algemeen zo regelen, dat het verschil wegvalt tussen het verkrijgen, houden en overdragen van de onderneming (activa/passiva) en het verkrijgen, houden en overdragen van een participatie in de entiteit die de onderneming drijft.
4. Degenen die bedrijfsmatig schuldvorderingen overnemen steeds als ondernemer aanmerken door overdrachten van schuldvorderingen aan deze

personen te behandelen als ware het een overdracht van een algemeenheid van goederen of diensten.

5. Vervangen van artikel 12, lid 1, Btw-richtlijn door een adequate(re) regeling voor kleine ondernemers. Daarmee vervalt de anomalie dat een incidentele economische activiteit van grote omvang niet tot ondernemerschap leidt, maar een wat duurzamere economische activiteit van beperkte omvang wel.
6. Overdrachten van, onder meer, schuldvorderingen, deelnemingen (aandelen) en obligaties van het begrip dienst uitzonderen, tenzij sprake is van het overdragen van effecten als effectenhandelaar. Als niet langer sprake is van een vrijgestelde dienst, kunnen aan een overdracht ook geen kosten meer worden toegerekend. Deze aanbeveling hangt samen met de aanbeveling onder punt 3.
7. Artikel 15, lid 2, onderdeel c, Wet OB 1968 zodanig aanpassen, dat niet langer de plaats waar de zetel van de afnemer is gevestigd bepalend is voor het kunnen aftrekken van voorbelasting, maar waar vrijgestelde financiële diensten werkelijk worden gebruikt of geëxploiteerd.
8. In artikel 174, lid 2, onderdeel b en c, Btw-richtlijn opnemen dat opbrengsten uit financiële handelingen buiten de berekening van het pro rata blijven als zij hooguit een zeer beperkt gebruik vertegenwoordigen van ingekochte prestaties waarvan de kosten tot de algemene kosten behoren.

Andere mogelijke oplossingen zijn het invoeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid, het in zijn algemeenheid van het begrip dienst uitzonderen van transacties die geen verbruik impliceren en het invoeren van een nultarief voor financiële diensten die nu zijn vrijgesteld. Deze oplossingen zijn in het kader van dit onderzoek te ingrijpend bevonden, maar kunnen wel de moeite waard blijken te zijn op basis van nader onderzoek.

10.2.3 ***Uitwerking aanbevelingen***

Tekstvoorstellen voor de hiervoor geformuleerde aanbevelingen zijn opgenomen in de appendix. Voor de overzichtelijkheid heb ik mij in beginsel beperkt tot voorstellen voor de tekst van de Btw-richtlijn en de Wet OB 1968.